

Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spaan maar later geleefd

A.R. Houweling

1 Inleiding

‘Hadden Osinga en Spaan maar eerder geleefd’, zo luidde de titel van Loonstra’s annotatie bij de AVM-arresten in ArA 2007-3.¹ In deze AVM-arresten² deed de Hoge Raad de voor de werknemers Osinga en Spaan ongelukkige uitspraak dat voor een succesvol beroep op het ‘zwaarder drukken’-criterium³ onvoldoende is dat enkel sprake is van een wezenlijke functiewijziging, zoals dat tot de AVM-arresten vrijwel standaard werd aangenomen.⁴ In AVM trok de Hoge Raad de teugels aanmerkelijk aan: de arbeidsverhouding moest ingrijpend zijn gewijzigd (waarbij voorzienbaarheid van de wijziging betekenis toekomt) en – als afzonderlijke toets – daardoor moest het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder zijn gaan drukken. De werknemers Osinga en Spaan kregen daardoor tegen alle verwachtingen in ongelijk van de Hoge Raad. Hadden zij eerder geleefd, dan hadden beide zaken (Osinga en Spaan) waarschijnlijk anders uitgekapt.

De annotatie van Loonstra valt in twee onderdelen uiteen. Het eerste onderdeel is de als altijd scherpe analyse van het arrest van de Hoge Raad en de kritiek daarop. Wat staat er nu precies? Wat bedoelt de Hoge Raad met ‘daarbij mag betekenis toekomen aan...’? Waar slaat ‘daarbij’ precies op? Heeft gedeeltelijk verval van het concurrentiebeding als hoofdregel te gelden of geldt als uitgangspunt geheel verval en slechts onder bijzondere omstandigheden gedeeltelijk verval? Enzovoort, enzovoort. Het tweede onderdeel van de noot betreft de fundamentele kritiek van Loonstra op dit arrest en eigenlijk op de wettelijke regeling van het concurrentiebeding als zodanig.⁵ Loonstra merkt op dat de wettelijke regeling van het concurrentiebeding vrijwel geen drempels opwerpt voor werkgevers om een dergelijk beding met werknemers te sluiten, terwijl het voor werknemers een inperking van hun grondwettelijk recht op vrijheid van arbeidskeuze (artikel 19 lid 3 van de

1 C.J. Loonstra, Hadden Osinga en Spaan maar eerder geleefd: over ‘zwaarder drukken’ en de werking van het concurrentiebeding, ArA 2007/3, p. 85 e.v.

2 HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en 38, JIN 2007/92 en 93, m.nt. Loonstra en Zondag.

3 HR 9 maart 1979, NJ 1979/467 (Brabant/Van Uffelen).

4 Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Spier bij HR 25 oktober 2002, JAR 2002/277 (Epenhuisen/Van Baarlen), waarin deze opvatting onder meer wordt verdedigd.

5 Dat Loonstra kritiek heeft op de regeling van het concurrentiebeding is niet nieuw. Sinds de verschijning van zijn monografie Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (Den Haag: Elsevier 1994) houdt hij regelmatig een pleidooi voor wijziging van de huidige regeling.

Grondwet (Gw))⁶ betreft. De ruime uitleg van Brabant/Van Uffelen (bij een functiewijziging van betekenis algeheel verval van het concurrentiebeding) deed veel meer recht aan artikel 19 lid 3 Gw dan de meer werkgeversvriendelijke benadering die voortvloeit uit de AVM-arresten. Reeds de titel van zijn paragraaf 4.3 – ‘De werknemer als verliezer’ – spreekt in dat kader boekdelen. Aan het slot van zijn annotatie constateert Loonstra dat artikel 7:653 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet meer van deze tijd is en dringend aan een grondige herziening toe is. En zoals altijd laat Loonstra het niet alleen bij een oproep tot aanpassing, maar geeft hij daar ook concrete invulling aan. Volgens hem moet het in 2006 verworpen wetsvoorstel 28167⁷ op een aantal (knel)punten worden herzien en dan zo snel mogelijk opnieuw worden ingediend, nu de werknemer met AMV in rechtspositioneel opzicht op een nog grotere achterstand is gezet.

Anno 2016, ruim tien jaar na het verworpen wetsvoorstel 28167, moeten we helaas constateren dat een nieuw wetsvoorstel tot grondige herziening van artikel 7:653 BW niet is ingediend bij de Tweede Kamer. Wel is per 1 januari 2015 de regeling voor concurrentiebeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst aangescherpt door te verlangen dat een dergelijk beding wordt gemotiveerd op basis van zwaarwegende bedrijfsbelangen (artikel 7:653 lid 2 BW).⁸ De regeling van het concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd lijkt echter nog immer dezelfde als die uit 1907. Maar als het goed is, komt daar eindelijk verandering in. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid (Wwz) blijkt immers dat het kabinet de Sociaal-Economische Raad (SER) (opnieuw) advies zal vragen te bezien of ook een bredere aanpassing van de wettelijke regeling voor het concurrentiebeding wenselijk is.⁹ In de literatuur zijn in het verleden herhaaldelijk voorstellen gedaan tot aanpassing van artikel 7:653

6 Zie: A.R. Houweling & C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 24-31; C.J. Loonstra, Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid 3 Grondwet, SMA 2005/2; F.B.J. Grapperhaus, Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever, Deventer: Kluwer 1995, p. 388.

7 Zie hierover uitvoerig C.J. Loonstra & W.A. Zondag, Het concurrentiebeding: op naar een nieuwe wettelijke regeling, in: A. Jacobs & F. Pennings (red.), Een inspirerende Fase in het sociaal recht (liber amicorum voor Wil Fase), Zutphen: Paris 2007, p. 59-76; A.R. Houweling, Bevordering van de rechtszekerheid; een sterke vestingmuur?, Arbeid Integraal 2005/2, p. 5-27.

8 Zie hierover uitvoerig: P.L.M. Schneider, Het loondoorbetalingsbeding, het proeftijdbeding en het concurrentiebeding in de wet werk en zekerheid, TAP 2014/1, p. 17 e.v.

9 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 18: ‘Het wetsvoorstel brengt geen verandering in de regels voor het aangaan van een concurrentiebeding in contracten voor onbepaalde tijd. Gezien het feit dat ook daar lichtvaardig en oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding kan voorkomen, is het kabinet voornemens om in de toekomst samen met sociale partners te bezien of ook een bredere aanpassing van de wettelijke regeling voor het concurrentiebeding wenselijk is. Dit voornemen om advies te vragen aan de SER is bij brief van 17 september 2013 aan de Tweede Kamer medegedeeld.’ Zie ook: F.M. Dekker, Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 54.

Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spaan maar later geleefd

BW.¹⁰ Die voorstellen hebben gemeenschappelijk dat de werknemer die een concurrentiebeding heeft ondertekend, én inhoudelijk én procesrechtelijk op te grote achterstand staat, gerelateerd aan het op zichzelf legitieme belang van zijn werkgever, het bedrijfsdebet optimaal beschermt. Voornoemde onevenwichtigheid in de te beschermen belangen heeft tot gevolg dat de huidige wettelijke regeling de werknemer in te grote mate schaadt, wat strijd met het grondrecht van vrije keus van arbeid, neergelegd in (onder meer) artikel 19 lid 3 Gw, oplevert.¹¹ Dat er iets moet gebeuren, staat dus wel vast.¹² Maar uit dat antwoord ontstaat onmiddellijk de vraag *wat* er moet gebeuren.

Als we het wetsvoorstel 28167 als uitgangspunt nemen, dan valt op dat op hoofdlijnen het wetsvoorstel werd gedragen door de SER en het parlement. Zo was er overeenstemming over het wettelijk regelen van een maximale termijn (een jaar), alsmede over het uitsluiten van de werking van het concurrentiebeding in een aantal specifieke gevallen (proeftijdontslag en faillissement). Ook was er breed draagvlak voor het introduceren van een vergoedingsplicht. Waar het parlementaire debat 'vastliep', had dit met name betrekking op het aangenomen amendement dat een relatiebeding niet onder de nieuwe regeling zou vallen en vooral op de niet goed doordachte regeling van de vergoedingsplicht. Een concurrentiebeding kon enkel geldig zijn indien vooraf een redelijke vergoeding zou zijn overeengekomen die na het einde van het dienstverband maandelijks verschuldigd zou zijn. Onduidelijkheden over de vergoeding betroffen de mogelijkheid van intrekking en het rechtskarakter van de vergoeding (wel of geen schadevergoeding en dus wel of geen andere inkomsten in mindering brengen op de vergoeding).¹³

In deze bijdrage probeer ik voornoemde onduidelijkheden vanuit rechtsvergelijkend perspectief op te helderen, alsmede inzichten te verkrijgen hoe een nieuwe regeling van het concurrentiebeding eruit zou kunnen zien. Aan deze onderzoeksmethodiek ligt de aanname ten grondslag dat bij een nieuwe wettelijke regeling getracht wordt zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij regelingen in de ons omringende landen. Daarmee wordt een zekere harmonisatie van concurrentiebe-

10 Zie: Grapperhaus 1995, p. 371 e.v.; A.T.J.M. Jacobs & D.G.M. Mattijsen, Het concurrentiebeding in het NBW, WPNR 1995/6177 en 6178; C.J. Loonstra, De nieuwe jas van art. 7:653 BW. Een poging tot synthese naar aanleiding van het proefschrift van F.B.J. Grapperhaus, SR 1997/6, p. 169-174. Zie ook: A.R. Houweling & C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?, in: W. Plessen e.a. (red.), Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 379-398; Houweling & Loonstra 2011, hoofdstuk 12 met een compleet concept wetsvoorstel.

11 Vgl. Loonstra 2005, p. 61-74.

12 Ook vanuit rechtseconomisch perspectief wordt een stevig pleidooi gehouden voor aanscherping (zo niet afschaffing) van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding. Concurrentiebedingen staan arbeidsmobiliteit en innovatie in de weg. Als voorbeeld wordt het absolute verbod op concurrentiebedingen in Californië vaak aangehaald om het succes van de IT-wereld aldaar (innovatie) te beklemtonen. Zie uitvoerig: E. Stam, The Economic Effects of Non-Compete Agreements -Insuring the Incumbents, Constraining the Challengers (n.n.g.); M. Marx, J. Singh & L. Fleming, Regional disadvantage? Employee non-compete agreements and brain drain, Research Policy 2015/2, p. 394-404.

13 Houweling & Loonstra 2011, p. 35-38.

dingregelingen bewerkstelligd, hetgeen past binnen een open Europese markt¹⁴ en steeds meer grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit.¹⁵

2 Het (wettelijk geregelde) concurrentiebeding in Europa

Van 24¹⁶ (van de 28) EU-lidstaten heb ik in meer of mindere mate kunnen achterhalen hoe aldaar wordt omgegaan met concurrentiebedingen. In vrijwel geen lidstaat rust een absoluut verbod op concurrentiebedingen. Wel wordt in veel regelingen onderscheid gemaakt tussen concurrentiebedingen tijdens en na afloop van de arbeidsovereenkomst. Tijdens de arbeidsovereenkomst zijn meer en makkelijker restricties mogelijk dan in de periode daarna. Vrij algemeen wordt aangenomen dat tijdens de arbeidsovereenkomst op grond van de wederzijdse verbintenis geen concurrerende activiteiten zijn toegestaan. Dit volgt uit het zogenoemde *implied good faith*. Wij zouden zeggen het goed werknemerschap. Na afloop van de arbeidsovereenkomst liggen de kaarten anders geschud. In Slowakije (b)lijkt bijvoorbeeld nakoming van een concurrentiebeding na afloop van de arbeidsovereenkomst in rechte niet afdwingbaar.¹⁷ De regulering van het concurrentiebeding in Europa is (uiteraard) divers vormgegeven (van uitvoerige wettelijke regeling tot meer algemene 'good faith'-rechtersrecht). Toch valt een aantal zaken op indien men de verschillende regelingen analyseert, te weten de vergoedingsplicht, een maximumduur en additionele voorwaarden voor geldigheid (naast schriftelijkheid en meerderjarigheid).

2.1 Vergoedingsplicht voor de duur van het concurrentiebeding

Van de 24 lidstaten blijkt in ten minste 16 lidstaten¹⁸ de eis te gelden dat gedurende de werking van het concurrentiebeding de werknemer een zekere financiële

- 14 De op zichzelf interessante vraag in hoeverre een concurrentiebeding strijdig is met Europese vrijheden, gelijk een transfersom bij voortijdig vertrek dat bleek te zijn, laat ik verder buiten beschouwing.
- 15 Uiteraard is het tegenovergestelde ook denkbaar: door juist een afwijkende regeling op het terrein van concurrentiebedingen kan Nederland als vestigingsland voor bedrijven heel aantrekkelijk zijn. Er is dan juist geen noodzaak tot harmonisatie.
- 16 Te weten: België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Italië, Kroatië, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Spanje, Tsjechië, Verenigd Koninkrijk, Zweden. Veel informatie over deze landen is ontleend aan R. Blanpain & F. Hendrickx, *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Deventer: Kluwer 2015; A. Jausas, *Labour Law*, Londen: Globe Law and Business 2011; J. Krichner, P.R. Kremp & M. Magotsch, *Key aspects of German employment and labour law*, Berlijn: Springer 2010; Houweling & Loonstra 2011, hoofdstuk 12.
- 17 Zie onder andere P. Chudíková & P. Šuba, *Slovak Republic*, in: A. Jausas, *Labour Law*, Londen: Globe Law and Business 2011, p. 529. Volgens de auteurs is het niet waarschijnlijk dat de nakoming van een concurrentiebeding na het einde van de arbeidsovereenkomst in rechte kan worden afgedwongen.
- 18 Te weten: België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Italië, Kroatië, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slovenië, Spanje, Tsjechië. Ik schrijf *ten minste*, omdat mogelijk in meer lidstaten uit jurisprudentie volgt dat een financiële compensatie is vereist. Niet alle rechtspraak was voor mij toegankelijk, zodat ik mijn onderzoek hoofdzakelijk op handboeken heb moeten baseren.

Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spaan maar later geleefd

compensatie ontvangt. De hoogte van deze vergoeding verschilt aanmerkelijk per lidstaat. Zo geldt in Tsjechië dat een werknemer 100% van zijn laatstverdiende loon dient te ontvangen. In België, Duitsland en Denemarken is dit percentage op ten minste 50 gesteld. In Italië, Kroatië, Polen en Slovenië bedragen de percentages 15-20%, 15-20%, 25% respectievelijk 33,3%. In weer andere lidstaten wordt een 'redelijke vergoeding' of 'adequate financiële compensatie' vereist (Frankrijk, Spanje en Hongarije). Wat 'redelijk' of 'adequaats' is, wordt daar niet bij wet bepaald, maar volgt uit jurisprudentie.¹⁹ In Finland is een financiële compensatie vereist indien men een concurrentiebeding met een langer temporeel bereik dan zes maanden wenst overeen te komen. Voor de berekening van de vergoeding wordt de ene keer aangesloten bij het laatstverdiende maandsalaris (België)²⁰ en de andere keer bij een gemiddelde over een bepaalde referteperiode (Slovenië). De uitbetaling van de vergoeding vindt meestal periodiek plaats (maandelijks). Een mooi voorbeeld is de Duitse regeling (*Karenzentschädigung*). De werknemer heeft recht op ten minste 50% van zijn laatstverdiende jaarinkomen. Tot dit jaarinkomen behoren het bruto maandsalaris, bonussen en andere emolumenten. Bij variabele beloning wordt het gemiddelde over de laatste drie dienstjaren genomen (vergelijkbaar met ons Besluit loonbegrip inzake de transitievergoeding). Het totaalbedrag wordt vervolgens gedeeld door 12 en maandelijks aan de werknemer uitgekeerd. Naar Duits recht is sprake van een gefixeerde vergoeding waarop inkomsten van de werknemer in mindering mogen worden gebracht indien een bepaalde drempelwaarde wordt bereikt. Deze drempelwaarde bedraagt 110% van het jaarsalaris bij de ex-werkgever (of 125% als de werknemer vanwege het concurrentiebeding moet verhuizen voor een nieuwe dienstbetrekking). Een rekenvoorbeeld:

Het gemiddelde maandsalaris (een twaalfde jaarsalaris) bedraagt € 3000. De ex-werkgever moet in beginsel 50% hiervan compenseren: € 1500. Stel nu dat de werknemer een nieuwe baan vindt met een maandsalaris van € 2500. Ontvangt de werknemer dan € 4000 (€ 2500 + € 1500)? Nee, de werkgever dient maximaal het verschil tussen 110% van het laatstverdiende loon (110% van € 3000 = € 3300) en het huidige inkomen van de werknemer (€ 2.500) te compenseren. In casu is dat € 800.²¹

Kan de (ex-)werkgever onder de vergoedingsplicht uit komen indien hij afstand doet van het concurrentiebeding? Grofweg zien we drie benaderingen in Europa. De meest eenvoudige is dat een werkgever altijd afstand kan doen van het concur-

- 19 Uit Franse jurisprudentie volgt dat bij ingrijpende concurrentiebedingen de werknemer ten minste recht heeft op een derde van zijn gemiddelde maandloon over de laatste twaalf maanden (Cass. Soc. 16 mei 2011, 11-10760). Dat de vergoeding als zodanig een constitutieve voorwaarde voor geldigheid is, volgt uit Cass. soc. 10 juli 2002, nr.2723, 2724, 2725, RJS 10/02 nr. 1119.
- 20 Zie uitvoerig over de Belgische regeling: J.P. Quist, Het Concurrentiebeding nader beschouwd, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- 21 Voorbeeld ontleend aan M. Magotsch & P.R. Kremp, Non-Competition Clauses, in: J. Krichner, P.R. Kremp & M. Magotsch, Key aspects of German employment and labour law, Berlijn/Heidelberg: Springer-Verlag 2010, p. 128.

rentiebeding en daarmee onmiddellijk bevrijd is van de vergoedingsplicht.²² De tweede benadering is dat een werkgever uiterlijk binnen een zeer korte termijn bij of na het einde van de arbeidsovereenkomst alsnog kan afzien van handhaving van het concurrentiebeding (zie bijvoorbeeld België, waar een termijn van 15 dagen na einde arbeidsovereenkomst geldt). Is hij te laat, dan is hij de vergoeding (ineens) verschuldigd. De derde benadering is dat een werkgever juist geruime tijd voor einde arbeidsovereenkomst, dan wel pas na een zekere periode, moet aangeven af te willen zien van handhaving van het concurrentiebeding. Zo dient in Denemarken de werkgever uiterlijk 6 maanden voor het einde van de arbeidsovereenkomst afstand te doen van het concurrentiebeding. Indien dit op een later tijdstip gebeurt, heeft de werknemer ten minste recht op drie maanden vergoeding. In Duitsland geldt dat steeds pas over een periode van een jaar afstand kan worden gedaan van het concurrentiebeding. Omdat het concurrentiebeding in Duitsland een maximaal temporeel bereik van een jaar heeft, heeft een afstandsverklaring enkel zin geruime tijd voor het einde van de arbeidsovereenkomst. De charme van deze (derde) benadering, in de context van artikel 19 lid 3 Gw, is dat een werknemer ook een zekere compensatie ontvangt in het geval de werkgever afziet van handhaving van het concurrentiebeding, maar de werknemer wel al die tijd onder de dreiging van een dergelijke handhaving de beperking van zijn vrije arbeidskeuze heeft ervaren. Het binnen een zekere tijd na het einde van de arbeidsovereenkomst alsnog afstand doen van het concurrentiebeding neemt aan de voorkant (bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst) te veel prikkels weg voor een werkgever om zich af te vragen of hij wel of niet een concurrentiebeding met vergoeding wenst aan te gaan. Verdedigbaar is dat een werkgever altijd – bijvoorbeeld ten minste drie maanden – een vergoeding moet betalen, juist voor de schaduwwerking van het concurrentiebeding tijdens de arbeidsovereenkomst. Soms wordt toegestaan dat de werkgever bepaalde investeringen op de vergoedingsplicht in mindering mag brengen. In Portugal is dit het geval met betrekking tot scholingskosten.²³

Bij de meeste lidstaten treft men de regel aan dat indien een werkgever stopt met betalen, de werknemer niet langer aan het concurrentiebeding is gebonden. De werknemer kan er soms voor kiezen de vergoeding af te dwingen in rechte (onder gebondenheid aan het concurrentiebeding). In bijna alle lidstaten geldt dat indien een werknemer het concurrentiebeding overtreedt, hij tevens de (gehele) ontvangen vergoeding dient terug te betalen.

2.2 *Temporeel bereik*

In 16 van de 24 lidstaten wordt bij wet de maximale duur van het concurrentiebeding bepaald. Gemiddeld genomen geldt in Europa een temporeel bereik van 18 maanden bij 'gewone arbeidsovereenkomsten'. De termijnen verschillen per lidstaat van bijvoorbeeld 6 maanden (Finland en Ierland), 12 maanden (België, Oos-

22 Soms is ook geregeld dat een werkgever uiterlijk op de 15e dag van de maand de concurrentiebedingvergoeding moet hebben betaald op straffe van verval van het concurrentiebeding (Tsjechië).

23 J.M. Castelo Branco, Portugal, in: A. Jausas, *Labour Law*, Londen: Globe Law and Business 2011, p. 473.

Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spaan maar later geleefd

tenrijk, Denemarken en Tsjechië), 24 maanden (Slovenië, Spanje, Portugal en Duitsland) tot 36 maanden (Italië, Hongarije en Zwitserland).

In lidstaten waar geen wettelijke termijnen zijn bepaald, geldt dat de duur van het concurrentiebeding niet langer mag zijn dan strikt noodzakelijk (proportionaliteitstoets).

In een aantal landen is voor speciale categorieën werknemers een afwijkende termijn toegestaan. Zo kan in Italië met ‘managerial personnel’ een concurrentiebeding van 60 maanden worden gesloten in plaats van de maximale termijn van 36 maanden.²⁴ In Spanje geldt een reguliere termijn van 6 maanden en wordt voor ‘technicians’ een uitzondering gemaakt tot een termijn van 24 maanden.²⁵ In België kunnen ondernemingen die ofwel internationale activiteiten verrichten of belangrijke economische, technische of financiële belangen hebben op de internationale markt, ofwel over een eigen onderzoeksdienst beschikken een ‘speciaal niet-concurrentiebeding’ toepassen dat op een aantal punten afwijkt van de reguliere voorwaarden, waaronder een langer temporeel bereik dan 12 maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst.²⁶

2.3 Additionele voorwaarden voor geldigheid

In vrijwel alle lidstaten is *schriftelijke vastlegging* van het concurrentiebeding een constitutief vereiste. Niet altijd hoeft dat in de arbeidsovereenkomst plaats te vinden. Soms ontbreekt het vereiste van een schriftelijk document, maar verschuift de bewijslast van werknemer naar werkgever. Gelijk aan Nederland wordt in veel lidstaten ook vereist dat de werknemer ten minste *meerderjarig* moet zijn. In België, Luxemburg en in zekere zin ook Oostenrijk wordt daarnaast als vereiste gesteld dat een zeker *loonniveau* moet zijn bereikt. In Luxemburg is dat ongeveer € 45.000. Verdient een werknemer minder, dan is het concurrentiebeding nietig. In België treft men drie categorieën aan, waarbinnen differentiatie plaatsvindt. Indien de werknemer minder verdient dan € 32.886, is het concurrentiebeding nietig. Tussen dit minimum en de loongrens van € 62.934 mag een concurrentiebeding alleen worden toegepast op categorieën van functies of op functies die bij een in paritair comité of paritair subcomité gesloten collectieve arbeidsovereenkomst zijn bepaald. Verdient een werknemer meer dan deze laatste loongrens, dan mag een concurrentiebeding, tenzij bij cao anders is bepaald.²⁷

In verschillende lidstaten geldt een *geografische beperking* gekoppeld aan de landsgrenzen. Wil men een ruimer bereik aan het concurrentiebeding toekennen, dan kan dit slechts onder bijzondere omstandigheden (internationaal bedrijf of specifieke kennis).

In bijna alle landen treft men de eis aan dat alleen werknemers die daadwerkelijk de werkgever concurrentie kunnen aandoen omdat zij over specifieke kennis of ervaring beschikken, aan het concurrentiebeding gebonden kunnen raken (soms

24 L. Failla & F. Rotondi, Italy, in: A. Jausas, Labour Law, Londen: Globe Law and Business 2011, p. 323.

25 A. Torá, Spain, in: A. Jausas, Labour Law, Londen: Globe Law and Business 2011, p. 559.

26 Artikel 86 Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten 1978.

27 Artikel 65 Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten 1978. Opgemerkt zij dat de loongrenzen in de wettekst niet aansluiten, althans in de indexeringstabellen van de wet.

wordt deze eis concreet ingevuld aan de hand van functie- of salarisprofielen). Een zekere *functiegerichtheid* treft men dan ook regelmatig aan.

2.4 Tussenconclusie

In geen van de lidstaten is er een algemeen verbod op het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst aangetroffen. Een aantal lidstaten (bijvoorbeeld Bulgarije en Ierland) kent een sterk negatieve grondhouding jegens dergelijke bedingen in de arbeidsovereenkomst en zal een werkgever alleen een werknemer aan een concurrentiebeding kunnen houden als hij de noodzaak van deze clausule kan aantonen: 'In beginsel niet, tenzij ...'. In veel landen wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de periode tijdens de arbeidsovereenkomst (verbod op nevenactiviteiten) en de periode na afloop van de arbeidsovereenkomst. In vrijwel alle lidstaten wordt *implied good faith* aangenomen (werknemer mag geen concurrerende activiteiten jegens zijn werkgever ondernemen). Deze verbintenis wordt niet langer aanwezig geacht na afloop van de arbeidsovereenkomst, zodat *covenants of non compete/competition* van belang worden en blijven.

In vrijwel alle lidstaten wordt de 'vrije keuze van arbeid' als fundamenteel ervaren. Dit brengt met zich dat concurrentiebedingen in beginsel streng worden getoetst aan de wettelijke eisen (bij gebreke van dergelijke eisen wordt getoetst aan de noodzakelijkheid en proportionaliteit). In veel lidstaten treffen we bovendien maximale termijnen aan wat betreft de duur van het concurrentiebeding en vergoedingsplichten tijdens deze duur.

3 Contouren van de nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding

Wat leert het voorgaande ons? Volgens mij biedt het voorgaande voldoende inzichten om op korte termijn een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding vorm te geven.

Allereerst kan worden aangesloten bij de wijzigingen die per 1 januari 2015 zijn doorgevoerd met betrekking tot het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste betekent dit dus dat voortaan het concurrentiebeding alleen nog *in* de individuele arbeidsovereenkomst kan worden opgenomen.²⁸ Daarmee wordt afstand genomen van de zogenoemde Philips/Oostendorp-leer. Daarnaast komt het juist voor dat ook voor een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de werkgever zal moeten kunnen motiveren waarom binding aan een dergelijk beding op grond van zwaarwegende bedrijfsbelangen noodzakelijk is.²⁹ De aanscherping van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd gerechtvaardigd vanwege het zogenoemde 'dubbele nadeel', bestaande

28 Vgl. ook F.B.J. Grapperhaus, De zwarte doos van het arbeidsrecht. Over het belang van de schriftelijkheid van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, in: A.R. Houweling e.a., *Bedingen in de arbeidsovereenkomst in beweging*, Den Haag: Sdu 2010, p. 58.

29 De eerste gepubliceerde uitspraken tonen aan dat dit criterium (str)eng wordt uitgelegd: vgl. Kantonrechter Amsterdam 23 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4864 (werknemer/DPA Nederland B.V.).

Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spaan maar later geleefd

uit een zeker einde en gebondenheid aan het concurrentiebeding. Dat dubbele nadeel ontbreekt in beginsel bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit neemt evenwel niet weg dat in het licht van artikel 19 lid 3 Gw ook hier de werkgever enkel bij 'zwaarwegende bedrijfsbelangen' een inbreuk zou mogen maken op dit grondrecht. Wat wel denkbaar is, is dat uit deze motivering de functiegerichtheid van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd minder zwaar weegt. De onbepaalde duur van het contract brengt met zich dat partijen op voorhand ook niet zeker weten hoe de precieze invulling van de werkzaamheden (de functie) eruit komt te zien. Kiest men wel voor een functiegerichte benadering, dan zullen veel bedingen gaandeweg de arbeidsovereenkomst opnieuw aangegaan moeten worden. Dat klinkt op zich heel positief, maar brengt – zoals ook Loonstra in 2007 signaleerde – veel rechtsonzekerheid met zich.

Naast de *motiveringsplicht* en aanscherping van het *schriftelijkheidsvereiste* ligt het voor de hand het *temporele bereik* in de wet op te nemen. Uit statistisch onderzoek van gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de gemiddelde duur van een concurrentiebeding in Nederland 19 maanden bedraagt. Na matiging door de rechter bedraagt de gemiddelde duur 11 maanden.³⁰ Als hoofdregel zou de wetgever dan ook in de wet kunnen opnemen dat een concurrentiebeding maximaal één jaar mag duren. Van deze hoofdregel zou bij cao (of medezeggenschapsorgaan) kunnen worden afgeweken. Eventueel zou hier – gelijk aan de regeling van artikel 7:668a lid 5 BW – een geclausuleerde afwijking voorgesteld kunnen worden, bijvoorbeeld dat het temporele bereik maximaal 24 maanden bedraagt. Passend binnen de 'systematiek van bijzondere bedingen' zou ook zijn dat vanaf een bepaalde inkomensgrens de hoofdregel van semi-dwingend recht wordt (vergelijk het boetebeding).

In navolging van de meerderheid van de Tweede Kamer tijdens de behandeling van wetsvoorstel 28167 en de gangbare praktijk in de overwegende meerderheid van de Europese Unie lijkt een *verplichte vergoeding* voor de duur van het concurrentiebeding gerechtvaardigd. Deze '653-vergoeding' zou ik met Loonstra als een forfaitaire schadevergoeding wensen te beschouwen op basis van een contractueel overeengekomen geldsom of percentage van het loon, dat is vastgesteld op basis van een in de wet genoemd minimumbedrag.³¹ Over de hoogte van dit minimumbedrag kan men verschillend denken. Wellicht is het vanuit het oogpunt van eenduidigheid verstandig op dit punt aansluiting te zoeken bij onze buurlanden België en Duitsland, waar een basisnorm van 50% van het civiele loon als uitgangspunt geldt. Voor het antwoord op de vraag welke looncomponenten meetellen, zou ik aansluiting zoeken bij het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegging en transitievergoeding.³² Voor het concurrentiebeding zou het uitgebreide loonbe-

30 Zie voor een rechtsvergelijkende analyse: Houweling & Loonstra 2011, hoofdstuk 6.

31 Zie reeds eerder C.J. Loonstra, *Verplichte vergoeding ex art. 7A:1637x lid 5 BW?* Een beoordeling aan de hand van de Duitse wettelijke regeling, SR 1996/9, p. 220-227. In Duitsland heeft de wetgever destijds overigens ook niet duidelijk gemaakt wat het rechtskarakter is van de aldaar geldende verplichte *Karenzentschädigung*. Het *Bundes Arbeitsgericht* (BAG) heeft later geoordeeld dat deze *Entschädigung* een vergoeding is en derhalve geen schadevergoeding.

32 Stb. 2014, 538 en de daarop gebaseerde regeling Stcrt. 2014, 36823.

grip gelijk aan de transitievergoeding de maatstaf moeten zijn (en niet het enge loonbegrip bij aanzegging). Dit alles zal in de praktijk tot gevolg hebben dat werkgevers deze minimumnorm standaard in hun concurrentiebedingen zullen opnemen.

Zowel werkgevers als werknemers moeten echter de mogelijkheid krijgen aange-reikt in rechte te verdedigen dat de werkelijke schade die geleden wordt, lager of hoger is dan het in het beding opgenomen bedrag. Is de rechter van de juistheid van deze stelling overtuigd, dan moet hem de bevoegdheid toekomen de overeen-gekomen schadevergoeding te verhogen of te verlagen, al naar gelang de werkelijk geleden schade. Conform de Duitse regeling zou de wetgever een percentage moe-ten bepalen wanneer andere inkomsten (uit dienstbetrekking of uitkering) in mindering mogen worden gebracht op de vergoedingsplicht. De regel dat het ver-schil tussen 110% van het laatstverdiende loon en de som van het nieuwe inko-men en de concurrentiebedingvergoeding (zie rekenvoorbeeld hiervoor) in minde-ring mag worden gebracht op de vergoedingsplicht, spreekt aan. Op die manier blijft een werkgever geprikkeld worden, ook al vindt een werknemer een nieuwe baan met eenzelfde inkomensniveau, maar niet in de branche waar hij graag had willen werken (het functionele en geografische bereik van het concurrentiebe-ding). In zoverre zou ik naast het forfaitaire karakter van de schadevergoeding ook een zeker fixatie willen aanbrengen (*gematigd gefixeerde schadevergoeding* zoals we die ook aantreffen in artikel 7:668 BW of artikel 7:672 BW), te weten het verschil tussen 100% en 110% van de vergoedingsplicht bij verrekening van de inkomsten die een werknemer elders genereert. Het in mindering brengen van scholingskosten op een dergelijke vergoeding verdient niet onmiddellijk navol-ging. Scholingskosten mogen onder omstandigheden ook op de transitievergoe-ding in mindering worden gebracht. Gewaakt moet worden voor 'dubbele aftrek', dan wel discussies daarover.

Een bijzondere positie neemt de WW-uitkering in dit verband in. Als we de WW-uitkering in mindering brengen op de vergoedingsplicht, wordt de facto een deel van de concurrentiebedingvergoeding afgewenteld op de collectieve middelen. Denkbaar is dan ook dat in de Werkloosheidswet de vergoedingsplicht wordt meegewogen in de uitkeringsomvang. Dit kan door het te beschouwen als een gedeeltelijk verlies aan arbeidsuren (middels het Gelijktellingsbesluit). Op die grond heeft een werknemer dan maar recht op maximaal 50% uitkering van WW-gelden. Om verschillende redenen kan het verstandig zijn dat het Uitvoeringsin-stituut Werknemersverzekeringen (UWV) een *regresrecht* krijgt op de ex-werkge-ver. De werknemer ontvangt dan 100% inkomsten van het UWV, waarvan 50% afkomstig is van zijn oude werkgever, die dit bedrag verschuldigd is aan en wordt geprikkeld door het UWV. Het voordeel van het betrekken van een derde in deze kwestie is dat de werknemer niet elke maand zelf om de vergoeding hoeft te ver-zoeken bij de werkgever.

Vanwege het feit dat de 653-geldsom primair als een schadevergoeding wordt gezien, lijkt het aan te bevelen te bepalen dat de werkgever elk moment (dus eveneens tijdens zijn werking) het concurrentiebeding kan intrekken. Of als gevolg hiervan de betaling van het overeengekomen bedrag komt te vervallen is een tweede (artikel 6:160 BW). In een aantal lidstaten is juist gekozen voor de

Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spaan maar later geleefd

variant dat de werkgever dit niet zomaar kan, maar ten minste steeds een bepaalde termijn van vergoedingsplicht in acht moet nemen (Duitsland een jaar, in andere landen drie tot zes maanden). Vergelijkbaar met de aanzegging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst zou bepaald kunnen worden dat de werkgever uiterlijk een x-periode voor het einde van de arbeidsovereenkomst afstand kan doen van de vergoedingsplicht en daarmee van het concurrentiebeding. Doet de werkgever dit na deze periode, dan dient hij een gefixeerde schadevergoeding, gelijk aan de periode van schending van de zogenoemde aanzegplicht, te betalen. De werknemer is wel van meet af aan bevrijd van het concurrentiebeding in dat geval (waarmee de prikkelfunctie voor de werkgever wordt onderstreept). Opnieuw heeft de werknemer de bevoegdheid in rechte te stellen en te bewijzen dat hij ten gevolge van deze intrekking schade heeft geleden. Slaagt hij daarin, dan zal de rechter de werkgever alsnog veroordelen om de schade die hij (werkgever) heeft veroorzaakt aan de werknemer te vergoeden. Uiteraard staat het partijen vrij met wederzijds goedvinden het concurrentiebeding en de daaraan verbonden vergoedingsplicht buiten toepassing te laten.

De nieuwe regeling van het concurrentiebeding zou tevens aandacht moeten schenken aan randfiguren, zoals het relatiebeding en het geheimhoudingsbeding. In die zin zou artikel 7:653 BW wellicht een regeling voor inbreuken op artikel 19 lid 3 Gw in ruime zin moeten behelzen.

Ten slotte dient in een aantal gevallen het concurrentiebeding te vervallen. Gedacht kan worden aan ontslag tijdens de proeftijd en faillissement.³³ Bij niet langer betaling van de concurrentiebedingvergoeding vervalt het concurrentiebeding eveneens en zou de werkgever nog de in het vorenstaande voorgestelde gefixeerde schadevergoeding van x-periode moeten betalen. Indien de werknemer zelf ontslag neemt, lijkt – gelijk aan de regeling van de transitievergoeding – betaling van een concurrentiebedingvergoeding niet opportuun. Natuurlijk kan gesteld worden dat de werknemer ook dan beperkt kan zijn in zijn vrije arbeidskeuze, maar het ligt dan primair op de weg van de werknemer de geldigheid van het concurrentiebeding als zodanig aan te vechten bij de rechter. De rechter zou in zo'n geval, conform het huidige vijfde lid van artikel 7:653 BW, een billijke vergoeding aan de werknemer moeten kunnen toekennen voor de periode dat hij aan het beding gebonden blijft. Oftewel, bij onvrijwillig ontslag geldt als uitgangspunt een vergoedingsplicht, terwijl bij ontslag op initiatief van de werknemer het uitgangspunt is 'geen vergoeding, tenzij ...'.

Zouden deze voorstellen worden omarmd en op (niet al te lange) termijn ingevoerd, dan zouden Osinga en Spaan wellicht liever eerder *later* dan *eerder* hebben geleefd.

33 Als alternatief voor verval bij faillissement kan aansluiting worden gezocht bij het concept wetsontwerp Insolventiewet: 'Na beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de insolventie is de werknemer niet gebonden aan een beding als bedoeld in artikel 653 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Op grond van zwaarwegende belangen kan de rechter-commissaris op verzoek van de bewindvoerder bepalen dat een zodanig beding niettemin van kracht blijft vooreen door hem te bepalen periode op door hem te bepalen voorwaarden.'

A.R. Houweling

4 Conclusie

De SER kan zijn advies snel geven, dat heeft hij namelijk bij het wetsvoorstel 28167 reeds gedaan. In dit artikel zijn de knelpunten in dat wetgevingsdossier besproken en aan de hand van met name rechtsvergelijkende perspectieven is getracht daar oplossingen voor aan te reiken in de vorm van concrete voorstellen voor een nieuwe wettelijke regeling. Voornoemde voorstellen sluiten niet alleen aan bij de gangbare praktijk in Europa, maar werden (grotendeels) reeds eerder in dit tijdschrift verdedigd door Loonstra. Dat zegt denk ik voldoende over de tijdloze en grenzeloze inzichten van het vertrekkende redactielid.